

Grundrechte schützen – eine grenzenlose Verpflichtung?

Die Anwendbarkeit deutscher Grundrechte in der Tätigkeit des BND aus völkerrechtlicher Perspektive

Erik Tuchtfeld

2020-01-23T18:25:00

Mit Spannung konnte man in der letzten Woche [eine außergewöhnliche Verhandlung](#) vor dem Bundesverfassungsgericht verfolgen. Die geheimste deutsche Behörde, der Bundesnachrichtendienst (BND), musste sich im Rahmen [einer Verfassungsbeschwerde](#) den kritischen Fragen der höchsten deutschen Richterinnen und Richter stellen. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen das novellierte Gesetz über den Bundesnachrichtendienst (BNDG), welches eine umfassende Überwachung von Auslandskommunikation ermöglicht, und deshalb eine Verletzung von [Art. 10 GG](#) darstelle.

Zentral war dabei eine Frage, die – nicht erst, aber insbesondere seit – dem Aufdecken der globalen Überwachung durch die NSA im menschenrechtlichen Diskurs intensiv bearbeitet wird: Inwieweit sind Staaten an Grund-(bzw. Menschen-)rechte gebunden, wenn die Auswirkungen ihrer Tätigkeiten lediglich Ausländer betreffen, die sich außerhalb des eigentlichen Staatsterritoriums aufhalten? Es lohnt sich deshalb, im Vorfeld der in einigen Monaten erwarteten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, einen Blick auf die Argumente der internationalen, menschenrechtlichen Debatte zu werfen, um die nationale, grundrechtliche Diskussion zu bereichern.

Das Szenario

Insbesondere umstritten ist die Regelung der [§§ 6 ff. BNDG](#), die sogenannte „Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung“, bei welcher der BND aus dem Inland heraus Kommunikation zwischen Ausländern im Ausland, die deutsche Telekommunikationsnetze durchläuft, abhört. Erfasst ist also eine Konstellation, in welcher der Handlungsort des Hoheitsaktes auf deutschem Territorium liegt, der Erfolgsort, der Aufenthaltsort des Betroffenen also, dessen Privatsphäre beeinträchtigt wird, dagegen im Ausland liegt. Vergleichbar ist dies – im Rahmen der NSA-Überwachung – mit dem [Zugriff amerikanischer Geheimdienste auf Server amerikanischer Unternehmen](#), die sich auf dem Staatsgebiet der USA befinden, um Informationen über Nicht-US-Bürgerinnen und -Bürger zu erlangen.

Die Haltung der Regierung(en)

Die deutsche Bundesregierung betonte [im Rahmen der mündlichen Verhandlung](#) ihre Position, dass eine Grundrechtsbindung des BND bei Handlungen, die nicht innerhalb des deutschen Staatsgebiets Wirkung entfalten, zu verneinen sei (vgl.

hierzu auch den [Bericht des NSA-Untersuchungsausschuss, S. 750 ff.](#)). Zwar enthält das Grundgesetz keine explizite Bestimmung bzgl. seines räumlichen Anwendungsbereichs, jedoch heißt es in der [Präambel](#), dass es „für das gesamte Deutsche Volk“ gelte. Dem sei zu entnehmen, dass es eben auch nur für das deutsche Volk bzw. das deutsche Staatsgebiet gelte.

Dies weist eine bemerkenswerte Ähnlichkeit [mit der Argumentation der US-amerikanischen Regierung](#) in Bezug auf die Anwendbarkeit des [Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte \(IPbPR\)](#), welcher menschenrechtlich in Art. 17 das Recht auf Privatsphäre garantiert. Art. 2 Abs. 1 des Paktes definiert seinen Anwendungsbereich wie folgt:

Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen [...] zu gewährleisten.

Die US-amerikanische Regierung folgert hieraus, dass der Anwendungsbereich des Paktes nur eröffnet sei, wenn sich die betroffene Person sowohl auf dem Staatsgebiet des handelnden Staates befinde als auch der Staatsgewalt des Staates unterstehe.

Dem Wortlaut ganz verschiedener Formulierungen entnommen, kommen beide Regierungen also, jeweils auf den Standort der von der Überwachung betroffenen Person Bezug nehmend, zum gleichen Ergebnis: *Not my territory, not my problem.*

Was Gerichte zur Anwendbarkeit von Menschenrechtsverträgen sagen

Die Position, die kumulativ das Vorliegen von Staatsgewalt und Staatsterritorium verlangt, wurde im Bereich des internationalen Menschenrechtsschutzes deutlich zurückgewiesen. So hat der Internationale Gerichtshof (IGH) in seiner [Wall Opinion \(Rn. 109 ff.\)](#) entschieden, dass die Ausübung effektiver Kontrolle über ein Gebiet (hier die von Israel besetzten Gebiete in Palästina) ausreiche, um eine Menschenrechtsbindung des Staates auszulösen. Gleichermaßen hat auch der UN-Menschenrechtsausschuss bspw. für den Fall der Entführung im Ausland durch Geheimdienste eines Staates eine Eröffnung des Anwendungsbereichs des Paktes für den entführenden Staat bejaht ([Burgos, Rn. 12.3](#)).

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat die Anwendbarkeit der [Europäische Menschenrechtskonvention \(EMRK\)](#), welche in Art. 1 auf die der „Hoheitsgewalt unterstehenden Personen“ abstellt, zunächst in [Bankovic \(Rn. 75\)](#) im Falle der Bombardements eines Radio- und Fernsehsenders während des Kosovo-Krieges verneint, weil zwar die Ursache und Wirkung einer staatlichen Handlung eine Person treffen, diese sich jedoch in ansonsten nicht effektiv durch den Staat kontrollierten Gebiet aufhalte und somit nicht seiner Staatsgewalt unterstehe. Diese sehr restriktive Auslegung des Anwendungsbereichs der Konvention gab der EGMR jedoch in späteren Entscheidungen auf und betonte, dass in Einzelfällen auch solche staatlichen Maßnahmen, die lediglich Auswirkungen außerhalb des eigenen bzw. effektiv kontrollierten Staatsgebietes entfalten, an der EMRK zu messen seien

([Pad et al., Rn. 53](#)). In solchen Fällen liege ein *jurisdictional link* vor, welcher zur Anwendung der EMRK führe ([Al-Skeini, Rn. 149 f.](#)).

Die Übertragung auf den Cyberspace

Durchaus uneinig ist sich die Rechtswissenschaft jedoch, wie diese allgemeinen Grundsätze – eine Anwendbarkeit ist grundsätzlich in Fällen „effektiver Kontrolle“ zu bejahen – auf Überwachungsmaßnahmen im Cyberspace zu übertragen sind. So wird insbesondere in Bezug auf den IPbPR [teilweise betont](#), dass die extra-territoriale Anwendbarkeit dort nur in solchen Ausnahmefällen bejaht wurde, in denen unmittelbare physische Kontrolle über eine betroffene Person ausgeübt wurde. Eine Geiselnahme – verbunden mit Fesselung und Verschleppung – sei nicht vergleichbar mit der (passiven) Überwachung globaler Datenströme, die (zunächst) mit keinerlei spürbaren Auswirkungen für das Individuum verbunden sei.

Überzeugen kann das nicht: Es hängt schlicht mit der Eigenart des Rechts auf Privatsphäre (bzw. des Briefgeheimnisses), dass Eingriffe nicht zwingend unmittelbar spürbar sind. In einer zunehmend digitalisierten Welt spielt es für die Kontrolle der Privatsphäre – also eines geschützten, unantastbaren Raums – eines Menschen jedoch kaum eine Rolle, ob auch physische Kontrolle ausgeübt wird. Die rein passive Kenntnisnahme von Kommunikation (im weiteren Sinne, hierzu gehört insbesondere auch die „Kommunikation“ mit Webservern, also der Besuch von Internetseiten und ähnliches) soll zudem stets nur als Zwischenschritt dienen, um eine faktische (aktive) Lenkung und Kontrolle des Individuums zu ermöglichen. Dies kann sich schon im Bereich der Informationssammlung durch Private zeigen, hier schlicht in personalisierter Werbung, die zum Kauf der vermeintlich am besten zu einem passenden Produkte verleiten soll. Insbesondere aber bei geheimdienstlicher Arbeit zur Terrorismusprävention und Wahrung der nationalen Sicherheit ist die Überwachung nur der notwendige Zwischenschritt, um sehr physische Maßnahmen wie Einreisesperren, Verhaftungen und sogar gezielte Tötungen durchzuführen. Es wird deshalb – [so auch Peters](#) – schon immer dann effektive (virtuelle) Kontrolle über ein Individuum ausgeübt, wenn der Staat in ein Menschenrecht eingreift. Die Möglichkeit des Eingriffs verlangt als notwendige Bedingung das Bestehen von Kontrolle.

Einer solch weiten Auslegung des Anwendungsbereichs von Menschenrechten wird regelmäßig – so auch [von der Bundesregierung im BNDG-Verfahren](#) – vorgehalten, dass es auf der einen Seite einen souveränitätsverletzenden Akt des Menschenrechtsimperialismus darstelle, wenn Deutschland seine Vorstellung von Menschenrechten global anwende, und auf der anderen Seite es Deutschland auch schlicht gar nicht möglich sei, weltweit die Durchsetzung von Menschenrechten zu verantworten.

Zwar ist es zutreffend, dass Grund- und Menschenrechte zumeist eine [abwehrrechtliche \(negative\) und eine leistungsrechtliche \(positive\) Dimension](#) besitzen. Es handelt sich aber um ein Täuschungsmanöver, wenn von der Unmöglichkeit der globalen Gewährleistung von Leistungsrechten, wie Sozialleistungen oder anderen Teilhaberechten, auf die Nicht-Anwendbarkeit von Abwehrrechten geschlossen wird. Überzeugend ist deshalb die von *Milanovic*

insbesondere auch für Cyber-Aktivitäten [vorgeschlagene Herangehensweise](#), nach der es für den Anwendungsbereich von Leistungsrechten – bzw. der leistungsrechtlichen Dimension bestimmter Grund- und Menschenrechte – auf das Staatsgebiet bzw. wenigstens die effektive Kontrolle eines Gebiets ankomme, während die abwehrrechtliche Dimension menschenrechtlicher Verpflichtungen global – die „[Weltraumtheorie](#)“ des BND betrachtend wohl sogar extra-terrestrisch – Staaten verpflichte.

Die Bedeutung für Karlsruhe

Die völkerrechtliche Diskussion im Bereich des Menschenrechtsschutzes wird mit Sicherheit auch vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Entscheidung über das BNDG beachten werden. Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage der Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 GG für den Bereich der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung in der bisherigen Rechtsprechung mangels Entscheidungserheblichkeit zwar offengelassen, hat aber die völkerrechtlichen Bezüge des Fernmeldegeheimnisses betont ([BVerfG, Rn. 175](#)). Die Argumentation der Bundesregierung weist schon in sich Inkonsistenzen auf: [So argumentiert sie](#), dass der BND im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nur die Unverletzlichkeit der Menschenwürde zu beachten habe. Wenn das Grundgesetz jedoch nicht zu Anwendung käme, würde auch der Menschenwürdeschutz entfallen. Dass dies – eine völlig entfesselte, von der Verfassung in keinsten Weise mehr eingeschränkte Geheimdienstbehörde – schon aus historischen Gründen kaum mit dem Grundgesetz als „Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes“ ([BVerfG, Rn. 65](#)) zu vereinbaren ist, liegt auf der Hand und wird wohl vermutlich auch genau deshalb selbst von der Bundesregierung nicht vertreten. Gilt jedoch die Unverletzlichkeit der Menschenwürde, so findet offensichtlich das Grundgesetz Anwendung. Ist das der Fall, sind folglich auch alle anderen „Jedermanns“-Grundrechte anwendbar.

Entsprechend der wohl ganz überwiegenden (europäischen) Stimmen in der Völkerrechtswissenschaft in Bezug auf den Anwendungsbereich internationaler Menschenrechtsverträge, ist deshalb davon auszugehen, dass das Bundesverfassungsgericht nun eine Grundrechtsbindung des BND auch für die Fälle bejaht, in denen aktiv in den *status negativus* ausländischer Individuen, die sich im Ausland aufhalten, durch den deutschen Staat eingegriffen wird. Ob die Überwachung durch den BND die Grundrechte der beschwerdeführenden Personen auch verletzt, ist an andere Stelle zu diskutieren (bzgl. der Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der BND-Reform sei auf die Beiträge [hier](#) und [hier](#) verwiesen). Ein Handeln des deutschen Staates ohne verfassungsrechtliche Beschränkungen ist mit dem Grundgesetz jedenfalls nicht vereinbar.

Siehe noch ausführlicher zum Schutz der Privatsphäre durch das Völkerrecht: [Tuchfeld, Das Recht auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace, StudZR WissOn 2018, 389](#).

Erik Tuchtfeld studiert Rechtswissenschaft an der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg. Er ist ferner wissenschaftliche Hilfskraft am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

Cite as: Erik Tuchtfeld, “Grundrechte schützen – eine grenzenlose Verpflichtung?”, *Völkerrechtsblog*, 23 January 2020.

